

Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de hacer

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO *

Sumario

Introducción 1. Planteamiento general: Incumplimiento, cumplimiento voluntario y ejecución forzosa en forma específica 2. Principios que inspiran la ejecución de las obligaciones de hacer 3. Los títulos ejecutivos y su función en la ejecución 4. Los títulos ejecutivos no judiciales: La desaparición de la denominada cláusula *guarentigia* 5. Determinación del carácter no personalísimo o personalísimo de la prestación de hacer como criterio determinante en la ejecución forzosa 6. Ejecución de condena de hacer no personalísimo 6.1. *A quién corresponde la elección del tercero* 6.2. *Quién y cómo se remunera la actividad del tercero* 7. Ejecución de condena de hacer personalísimo 8. El problema de la imposibilidad de la prestación antes y después de iniciada la ejecución. Conclusiones

Introducción

Generalmente, la doctrina no suele dedicar especial atención a las obligaciones de hacer, que se estudian casi siempre como contrapuestas a las obligaciones de dar, definiéndose como aquellas en que la prestación debida

* **Universidad de Valladolid**, Catedrático de Derecho Civil.

Este artículo se ha realizado para la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, en un número especial en homenaje a la profesora María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, una excelente jurista. La elección del tema obedece a ser una materia en la que confluyen el Derecho Civil patrimonial y el Derecho Procesal Civil, cuestiones a las que ha dedicado una especial atención la homenajeada. El trabajo realizado se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2015-69718-R (MINECO/FEDER), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

consiste en una actividad diferente a la de entregar una cosa¹. El propio Código Civil español dedica escasos preceptos al contenido de este tipo de obligaciones: i. Los artículos 1098 y 1099, referidos a los supuestos de incumplimiento, ii. el artículo 1161, al disponer que el acreedor no puede ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación, iii. el artículo 1166, en cuanto establece que en las obligaciones de hacer no se puede sustituir un hecho por otro contra la voluntad del acreedor, iv. el artículo 1184, que determina la liberación del deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resulta legal o físicamente imposible. Las otras alusiones que se recogen en el Código Civil tienen un carácter más puntual, como la que aparece en el artículo 1088 al tratar el contenido de la obligación, en el artículo 1100 con relación a la mora del deudor, en los artículos 1120 y 1123 en cuanto a las obligaciones condicionales, en el artículo 1136 para las obligaciones alternativas, y en el artículo 1151 para las obligaciones divisibles e indivisibles.

Esto es algo también habitual en otros ordenamientos. Como destaca DOMÍNGUEZ GUILLÉN, el propio Código Civil venezolano no define las obligaciones de dar ni las de hacer, limitándose a aludir en los artículos 1265 y siguientes a algunos elementos de su régimen jurídico². Incluso, como afirma OCHOA GÓMEZ, la obligación de hacer no puede definirse sino por oposición a la obligación de dar³. La menor importancia que en la práctica tienen las obligaciones de hacer, frente a las de dar, y de manera especial frente a las de dar una cantidad de dinero, provoca que no hayan sido objeto de una consideración especial por parte de la doctrina. Sin embargo, este tipo de obligaciones

¹ Cfr. por todos, DIEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Tomo II (Las relaciones obligatorias). 6ª, Thomson-Civitas. Madrid, 2008, p. 278; y DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, p. 87.

² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La obligación negativa». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nº 2. Caracas, 2013, p. 49.

³ OCHOA GÓMEZ, Oscar E.: *Teoría general de las obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo I. UCAB. Caracas, 2009, p. 75.

presentan unos perfiles peculiares, que provocan bastantes problemas de interpretación, sobre todo, desde la perspectiva de su incumplimiento.

1. Planteamiento general: Incumplimiento, cumplimiento voluntario y ejecución forzosa en forma específica

Desde el punto de vista sustantivo, el *facere* en que puede consistir la prestación admite un contenido muy dispar. En principio son las partes las que, en el acto constitutivo de la relación obligatoria, pueden y deben establecer sus contornos, describiendo la actividad a realizar por el deudor. Esta delimitación del contenido del «hacer» resulta fundamental, de modo especial para determinar si la actividad realizada por el deudor supone o no cumplimiento de la obligación. Por ello, además de las especificaciones de las partes, entiendo que debe acudir, dependiendo de cada caso, a los usos del tráfico y a las denominadas reglas o leyes de cada arte o profesión –*lex artis ad hoc*–. Desde esta perspectiva, dentro de las obligaciones de los profesionales, cada vez se da mayor importancia a la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, lo cual tiene especial relevancia por el diferente papel que la diligencia del deudor juega en uno y otro supuesto⁴.

Sin embargo, uno de los puntos en los que existe mayor confusión es precisamente el de las consecuencias que acarrea el incumplimiento del deudor y el de los remedios de que dispone el acreedor en este caso para satisfacer su interés *in natura*. La propia terminología que se aplica para describir esta situación es a veces poco precisa, utilizándose, entre otras expresiones, las de «ejecución forzosa», «cumplimiento forzoso en forma específica», «ejecución *in natura*», o «pretensión de cumplimiento»⁵. La finalidad principal de este estudio es poner de relieve la insoslayable necesidad de acudir a las reglas procesales, previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que el

⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («La obligación negativa»), pp. 56 y ss.; y ob. cit. (*Curso de Derecho...*), p. 88.

⁵ Sobre este punto, *vid.* el análisis de VERDERA SERVER, Rafael: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1995, pp. 21 y ss.

acreedor pueda exigir el cumplimiento al deudor, obteniendo previamente una sentencia de condena, dado que no puede acudir directamente a la ejecución cuando de obligaciones de hacer se trata, porque la normativa procesal se lo impide. Creo por ello que lo propio es utilizar la expresión «ejecución forzosa» y enfocar la cuestión en términos procesales, cuestión que en ocasiones no parece tan clara a los ojos de los civilistas.

En cualquier caso, conviene realizar algunas puntualizaciones previas, que la Ley de Enjuiciamiento Civil española deja meridianamente claras a mi juicio. Ante el incumplimiento por parte del deudor de una obligación de hacer, el ordenamiento reacciona proporcionando al acreedor una serie de medios para obtener coactivamente la prestación debida. Aquí voy a tratar los remedios de que dispone para conseguir las mismas utilidades derivadas de la relación obligatoria, es decir, la utilidad *in natura*, y no otro tipo de utilidades equivalentes, ya refiramos la equivalencia a la prestación o al daño producido⁶. Como voy a poner de relieve seguidamente, el acreedor no puede compeler al deudor a la realización del *facere* en que consiste la prestación si no es mediante la obtención de una condena que sea procesalmente ejecutiva. Preceptos como los artículos 1098 y 1099 del Código Civil español solo se pueden entender partiendo de su naturaleza procesal y no sustantiva. No obstante, autores como VERDERA SERVER, que recoge en este punto una postura bastante extendida entre los civilistas, consideran que la posibilidad de hacer cumplir la obligación debe configurarse como uno de los efectos de la relación obligatoria, derivada de su carácter jurídico. Por ello, a su juicio, «sorprende que la confirmación del carácter vinculante de la obligación, a través de la exigibilidad del cumplimiento, pueda considerarse un aspecto no sustantivo de la relación obligatoria»⁷. Ello es en parte cierto, pero no que el acreedor pueda

⁶ Desde esta perspectiva, VERDERA SERVER: ob. cit., pp. 42 y ss., habla de tutela satisfactoria –o satisfactiva– y tutela resarcitoria. La importancia de esta distinción, tanto desde un punto de vista dogmático como práctico, se pone de relieve con claridad en la monografía de LLAMAS POMBO, Eugenio: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: Entre la «aestimaio rei» y el «id quod interest»*. Trivium. Madrid, 1999, *passim*.

⁷ Cfr. VERDERA SERVER: ob. cit., pp. 236 y 237. Critica con ello el planteamiento de TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *Las condenas no pecuniarias (ejecución de sentencias*

conseguir satisfacción a su interés prescindiendo de las normas procesales, con independencia de su ubicación sistemática en uno u otro cuerpo legal.

En realidad, Derecho Civil y Derecho Procesal no son compartimentos estancos, sino dos ramas con una mutua conexión e interdependencia dentro de la profunda unidad del ordenamiento jurídico. El propio concepto de obligación implica desde el Derecho romano una situación de sujeción del obligado. De la definición de la obligación en las fuentes romanas como *iuris vinculum* se deriva que el deudor se halla sometido a la adopción necesaria y compulsiva de la actividad debida –*quo necessitate astringimur*–. Como pone de relieve Díez-Picazo, el núcleo esencial del derecho de crédito lo constituye la facultad de exigir la prestación, consiste en la posibilidad de formular una justa pretensión frente al deudor y reclamarle la adopción del comportamiento debido. Pero «el derecho del acreedor puede ser inmediatamente ejecutivo si la ley ha atribuido al título constitutivo del crédito el carácter de título ejecutivo. Cuando el crédito no ha sido constituido a través de un título ejecutivo, el acreedor puede convertir su derecho en ejecutivo mediante la obtención de una sentencia condenatoria. Una vez convertido el derecho en ejecutivo, la facultad de exigir la prestación se concreta en una facultad de agresión contra los bienes del deudor»⁸.

Como vamos a tener ocasión de ver, para el Derecho español, en el caso de las obligaciones de hacer, al igual que en el del resto de las obligaciones no dinerarias, la pretensión del acreedor no es directamente ejecutiva si no se funda en un título que lleve aparejada ejecución. Pero solo puede contenerse en alguno de los títulos ejecutivos que se enumeran en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 517.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, sentencia de condena firme, laudo o resolución arbitral firmes, acuerdo de mediación recogido en escritura pública, o resolución judicial que apruebe u homologue una transacción judicial o un acuerdo logrado en el proceso. El supuesto más

de dar, hacer o no hacer). Universidad de las Islas Baleares. Palma de Mallorca, 1984, p. 39, quien considera que los artículos 1096, 1098 y 1099 del Código Civil tienen un «evidente carácter procesal», que a mi juicio es el planteamiento correcto.

⁸ Cfr. Díez-Picazo: ob. cit. (*Fundamentos del Derecho...*), t. II, p. 126.

habitual en la práctica será el de sentencia de condena, lo que significa que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor tendrá que acudir con carácter previo al proceso declarativo correspondiente para obtener la misma. Solo después podrá utilizar los cauces relativos a la ejecución forzosa.

El deudor puede discutir con el acreedor si realmente está obligado o no a desarrollar la actividad en que consiste el *facere*. Por ello, una vez obtenida por el acreedor sentencia de condena, si el deudor cumple lo ordenado por la sentencia sin haber sufrido ninguna actividad ejecutiva, estamos ante un auténtico «cumplimiento voluntario», donde el deudor actúa, de acuerdo con el Derecho privado, con arreglo a lo que la sentencia ha establecido para ese caso concreto. Como pone de relieve ORTELLS RAMOS, «el derecho declarado por la sentencia ha sido satisfecho y respetado en el plano extraprocesal, y, consecuentemente, el ordenamiento establece medios (oposición a la ejecución: artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para extinguir, en el plano procesal, la eficacia ejecutiva del título»⁹.

Hasta tal punto esto es así que, de acuerdo con el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tribunal solo puede despachar ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los «veinte días posteriores» a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado. Este plazo de espera tiene su razón de ser en la propia índole sustitutiva de la actividad jurisdiccional ejecutiva. Si la actividad de ejecución es sustitución de la conducta que debiera haber realizado el ejecutado de haber procedido a cumplir voluntariamente la prestación contenida en el título ejecutivo, resulta de todo punto razonable concederle un plazo para cumplir voluntariamente el contenido de la resolución firme y evitar el proceso de ejecución¹⁰.

⁹ Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel: *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. La Ley. Madrid, 2005, p. 55.

¹⁰ En este sentido, MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José: *Tratado de proceso de ejecución civil*. Tomo I. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pp. 611 y ss.

Este plazo es diferente al que recogen, ya dentro de la ejecución, los artículos 699 y 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello no es de recibo la postura de considerar como «ejecución procesal voluntaria» la que tiene lugar antes de la demanda ejecutiva¹¹. Y mucho menos la de plantear que, si el deudor realiza la prestación a causa de medidas coercitivas, se puede calificar de «ejecución forzosa, de ejecución procesal voluntaria o de *tertium genus*»¹². El planeamiento correcto es el seguido por CATALÀ COMAS: «la línea divisoria entre el cumplimiento voluntario en sentido estricto y el que no lo es debe situarse en el momento de dirigirse el sujeto que obtuvo la resolución favorable al órgano judicial para que este proceda a ejecutarla. Todo cumplimiento correcto realizado con anterioridad a ese momento deberá reputarse estrictamente voluntario. Aquél acaecido con posterioridad, al haberse iniciado ya la fase ejecutiva, implicará que la voluntad del condenado ha sufrido un estímulo más o menos coactivo por parte del órgano jurisdiccional y de la parte que lo interesa, por lo que no será estrictamente voluntario»¹³. Desde esta perspectiva solo se puede considerar cumplimiento voluntario el realizado antes de que el beneficiado por el título ejecutivo inste la ejecución. En este sentido, es indiferente que se cumpla dentro del plazo previsto en el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o una vez transcurrido el mismo, pero antes del comienzo de la ejecución. En cambio, una vez presentada la demanda ejecutiva, la realización de la prestación debida es ya ejecución forzosa en forma específica. Cuestión diferente es mantener que el deudor conserva durante todo el proceso de ejecución la facultad de «poner fin» a la misma, satisfaciendo el interés del acreedor. Pero este no es ya un cumplimiento voluntario, lo que implica la aplicación del artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —«la ejecución forzosa solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante»—, de manera que puede suponer que el ejecutado deba responder de los daños y perjuicios causados y, sobre todo, que deba pagar

¹¹ Cfr. CAPILLA RONCERO, Francisco: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez, 1989, pp. 22 y ss.; A. MARTÍN PÉREZ, en: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XV-1. EDESA. M. ALBALADEJO, director. Madrid, 1989, pp. 280 y ss.

¹² Cfr. VERDERA SERVER: ob. cit., p. 181.

¹³ Cfr. CATALÀ COMAS, Chantal: *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*. Bosch. Barcelona, 1978, p. 42.

todas las costas causadas por el proceso de ejecución, sin necesidad de que la condena en costas se le imponga expresamente (artículo 539.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)¹⁴.

2. Principios que inspiran la ejecución de las obligaciones de hacer

Los supuestos de ejecución no dineraria vienen recogidos en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil («De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares»), Título V, cuyo Capítulo III se refiere a la ejecución de las obligaciones de hacer y no hacer. Dentro de las disposiciones generales sobre la ejecución no dineraria, el artículo 699, primer precepto que se ocupa del tema, dispone lo siguiente: «Cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo».

Una lectura aislada de este precepto, sin tener en cuenta su ubicación sistemática dentro del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha llevado a algunos autores a pensar que las partes integrantes de una relación obligatoria pueden configurar una obligación de hacer, de modo y manera que, ante su incumplimiento, el acreedor podría reclamar directamente su ejecución forzosa sin un pronunciamiento judicial previo. Esta conclusión es, a mi juicio, inadmisibles, y absolutamente indefendible con los mimbres –abundantes– que nos proporciona nuestra Ley procesal, cuyo concepto de lo que son «títulos

¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgium. Madrid, 2001, pp. 39 y ss.; MONTERO AROCA y FLORS MATÍES: ob. cit. (*Tratado de proceso...*), t. I, pp. 391 y ss. Es muy expresivo ORTELLS RAMOS: ob. cit., p. 73, cuando afirma que el cumplimiento del deudor posterior a la demanda ejecutiva no puede considerarse como voluntario «a riesgo de tener que admitir que es ilícita la actividad ejecutiva desarrollada hasta el momento en que, producido el cumplimiento, el ejecutante desiste de la ejecución, y el ejecutante debe sufrir las costas de la misma e, incluso, una eventual responsabilidad por daños y perjuicios».

ejecutivos» es muy claro. No obstante esta claridad, para GAVILÁN LÓPEZ, del tenor del artículo 699 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se desprende «que el legislador está reconociendo la posible ejecución no dineraria tanto de un título judicial como extrajudicial, al no distinguir ni referir exclusivamente como contenido del título determinadas condenas o pronunciamientos judiciales, sino también obligaciones que pueden articularse entre las partes al amparo de los artículos 1088 y ss. y 1255 a 1258 del Código Civil, en relación con el artículo 517, apartados 4º a 6º, inclusive»¹⁵. Esta interpretación supone prescindir paladinamente del resto de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil dedicados a la ejecución, y hacer girar todo en torno a la palabra «obligación» que utiliza el artículo 699, sacándola de contexto.

Hasta tal punto ello es así, que este mismo autor llega a las siguientes conclusiones prácticas: «... nada impide adicionar alguna obligación no dineraria o consustancial del título –*vid.* otorgamiento de escritura de compraventa de inmueble, con cláusula de obligación de hacer determinada, consistente en pintar el vendedor la fachada en plazo determinado–, o, por qué no, una simple obligación de hacer o no hacer pactada interpartes en escritura pública, por no ser contrario a la ley, la moral, ni el orden público, y estar dentro de la autonomía de la libertad contractual de las partes, erigiéndose en título ejecutivo bastante, que no precisaría de ulterior pronunciamiento judicial, en juicio declarativo al efecto, por el incumplimiento del obligado a ello...». En el mismo sentido, más adelante, refiriéndose al artículo 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solo se centra en su inciso inicial –«Si el título ejecutivo obliga a hacer alguna cosa...»–, para afirmar: «No se habla de sentencia ni de condena, resaltándose la cualidad de deudor del ejecutado, abarcando en principio la posible ejecución de obligaciones articuladas en título ejecutivo extrajudicial, que luego contradice la expresa mención de condena de hacer o no hacer referida a los correspondientes artículos»¹⁶.

¹⁵ Cfr. GAVILÁN LÓPEZ, Jesús: «La ejecución no dineraria». En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Nº 14-2001 (La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil). CGPJ. J. M. SUÁREZ ROBLEDANO, director. Madrid, 2003, p. 281.

¹⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 281-282 y 290, respectivamente.

Estas llamadas al principio de la autonomía de la voluntad suponen confundir el posible contenido de la obligación de hacer, que las partes pueden configurar libremente, con la posibilidad de que el mismo principio pueda interferir en la normativa procesal sobre ejecución forzosa, lo que no es de recibo. Es claro que los sujetos integrantes de una relación obligatoria pueden definir su objeto de la manera que tengan por conveniente, estableciendo una o varias obligaciones de hacer. Los únicos límites serán los previstos en el artículo 1255 del Código Civil —es decir, las leyes, la moral y el orden público—, incluyendo la imposibilidad de vulnerar los derechos fundamentales del deudor, lo que nos metería de lleno en el problema de la *Drittwirkung* o eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales. Pero la autonomía privada no llega hasta el extremo de convertir en ejecutivo a un título que procesalmente no lo es. En realidad, la ejecución forzosa es ejercicio de una potestad pública, es una actividad estrictamente jurisdiccional, de manera que el juez debe, por un lado, satisfacer al acreedor, actuando hasta sus últimas consecuencias la condena que contiene el título ejecutivo; pero también proteger los derechos e intereses del ejecutado, evitando que se produzcan excesos en la ejecución¹⁷. Corolario de lo anterior es que resulta esencial determinar con exactitud cómo se configuran por el legislador los títulos ejecutivos que contienen obligaciones de hacer.

3. Los títulos ejecutivos y su función en la ejecución

La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil comienza diciendo en su apartado XVII: «En cuanto a la ejecución forzosa propiamente dicha, esta Ley, a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía, a la que se dedica una especial atención...». Ello se traduce en la regulación de un único proceso de ejecución, que se va a aplicar con independencia de cual sea el título ejecutivo, de entre los que se enumeran en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento

¹⁷ Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS: ob. cit., pp. 36 y ss.

Civil. Normalmente se exige que la ejecución esté precedida de una fase previa de declaración, pero ello no es necesariamente así, de manera que atendiendo a razones de oportunidad política, no a razones jurídicas, el legislador puede prescindir de la declaración judicial, atribuyendo a determinados actos jurídicos, documentados de una manera especial, la posibilidad de acceder directamente a la ejecución. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, con un reconocimiento de deuda realizado en escritura pública, al que habría que atribuir fuerza ejecutiva de conformidad con el artículo 517.2.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸.

En el artículo 517 se contienen tanto títulos judiciales como extrajudiciales, que es a lo que ha conducido la unidad de la ejecución, pero se siguen manteniendo diferencias de régimen entre los «títulos judiciales» o asimilados y los «títulos no judiciales». En cualquier caso, solo llevan aparejada ejecución los recogidos expresamente en este precepto, bien de modo directo o por la remisión de su N.º 2.9.º, con lo que, por ejemplo, han dejado de ser títulos ejecutivos la letra de cambio, el cheque y el pagaré, o el documento privado reconocido bajo juramento —que sí lo eran con arreglo al artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881). Como afirma FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, es función del legislador determinar cuáles son los concretos supuestos de hecho con fuerza de título ejecutivo, y ya que se puede prescindir del proceso de declaración en determinados casos, puesto que la entrada directa en la ejecución es un privilegio, «los supuestos de hecho que constituyen título ejecutivo son *numerus clausus*, que, además, deben ser interpretados de modo restrictivo»¹⁹.

En lo que aquí interesa, conviene poner de relieve que los títulos judiciales o asimilados pueden documentar toda clase de obligaciones referidas a prestaciones de dar, hacer o no hacer, mientras que los títulos no judiciales únicamente pueden documentar obligaciones dinerarias. Por ello, la clasificación del artículo 1088 del Código Civil en obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa

¹⁸ Cfr. MONTERO AROCA y FLORS MATÍES: ob. cit. (*Tratado de proceso...*), t. I, pp. 29 y ss., y 87 y ss.

¹⁹ Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS: ob. cit., pp. 71 y ss.

no tiene ninguna utilidad, siendo mucho más relevante la que distingue entre obligaciones «pecuniarias» y «no pecuniarias», que es la que recogen los artículos 9:101 y 9:102 de los *Principles of European Contract Law* de LANDO-BEALE²⁰, o en los artículos III-3:301 y III-3:302 del *Draft Common Frame of Reference*²¹. Esta diferencia entre unos y otros títulos aparece claramente en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, conforme al cual, cuando estemos ante títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales «solo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros». De ello se desprende con claridad que, en el caso de las obligaciones de hacer, el acreedor solo puede acudir a la ejecución forzosa basándose en un título ejecutivo judicial o asimilado, es decir, debe obtener previamente una sentencia de condena firme, un laudo o resolución arbitral firmes, o una resolución judicial que apruebe u homologue una transacción judicial o un acuerdo logrado en el proceso. Los títulos no judiciales ni arbitrales que incorporen obligaciones distintas de las dinerarias –de hacer, pero también de no hacer, o de dar cosas distintas al dinero– no tienen en nuestro actual ordenamiento carácter ejecutivo, pues los estrictos e insoslayables términos del artículo 520 se lo niegan. En este sentido, gráficamente afirma FERNÁNDEZ-BALLESTEROS que «las partes mismas no pueden crear a su arbitrio títulos ejecutivos. Pueden obtener el mismo resultado práctico en la medida en que acomoden su conducta a los hechos susceptibles de constituir título ejecutivo, pero no lo serán otros distintos, aunque las partes pacten expresamente que el convenio tenga fuerza ejecutiva»²². Conviene detenerse en esta última cuestión.

²⁰ Cfr. LANDO, Ole y BEALE, Hugh (editores): *Principles of European Contract Law (Parts I and II)*. Kluwer Law International. La Haya-Londres-Boston, 2000, pp. 391 y ss. El Capítulo 9, dedicado a los remedios específicos en caso de incumplimiento (*Particular Remedies for Non-Performance*), inicia su Sección I, relativa al derecho a exigir el cumplimiento (*Right to Performance*), con estos dos preceptos, relativos a las *Monetary obligations* y *Non-monetary obligations*, respectivamente.

²¹ Cfr. VON BAR, Christian y CLIVE, Eric (editores): *Draft Common Frame of Reference, full edition*. Vol. 1. Sellier. Múnich, 2009, pp. 824 y ss.

²² Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS: ob. cit., p. 72.

4. Los títulos ejecutivos no judiciales: La desaparición de la denominada cláusula *guarentigia*

Como ya he puesto de relieve, frente a los títulos ejecutivos que se forman judicialmente, los no judiciales tienen un origen contractual, tratándose de actos jurídicos que se documentan con unas garantías tales que la ley les atribuye fuerza ejecutiva. Pero en nuestra tradición jurídica, mientras los títulos ejecutivos judiciales han podido documentar todo tipo de obligaciones, los títulos no ejecutivos han incorporado exclusivamente obligaciones pecuniaras. Así ha ocurrido desde el origen mismo de la escritura pública, y así sigue ocurriendo en la actualidad, como el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encarga de constatar.

Un breve recorrido histórico puede ayudar a aclarar la situación²³. Durante la Edad Media, sobre todo en las ciudades italianas con un comercio pujante, se puso de relieve la lentitud del proceso ordinario, basado en el Derecho romano, que era incompatible con las necesidades del tráfico mercantil, pues la ejecución solo podía tener lugar con base en una sentencia, y el propio inicio de la ejecución precisaba del ejercicio de una nueva acción: la denominada *actio iudicati*. Aprovechando que en el proceso romano la confesión prestada en la fase *in iure* se equiparaba a la *res iudicata*, se comenzó creando un proceso simulado en el que las partes comparecían ante el juez: el acreedor afirmaba su crédito y el deudor reconocía su obligación bajo juramento, de manera que el juez dictaba un *praeceptum de solvendo executivum*, ordenando que el deudor cumpliera lo confesado en el plazo establecido por las propias

²³ Sigo básicamente en este decurso histórico los trabajos al respecto de MONTERO AROCA, Juan: «La ejecución en España de títulos ejecutivos italianos». En: *Scritti in onore di E. Fazzalari*. Tomo III. Giuffrè. Milano, 1993, pp. 845 y ss., *La herencia procesal española*. UNAM. México D. F., 1994, pp. 81 y ss.; e igualmente en MONTERO AROCA y FLORS MATÍES: ob. cit. (*Tratado de proceso...*), t. I, pp. 38 y ss. *Vid.* además, PRIETO CASTRO, Leonardo: *Derecho Procesal Civil*. Tomo II. 2ª tirada, Librería General. Zaragoza, 1946, pp. 434 y ss.; y ESTEPA MORIANA, Vidal: «El juicio ejecutivo como proceso de ejecución en el Derecho histórico español». En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. Madrid, 1977, pp. 87 y ss.

partes. En caso de incumplimiento se podía pasar directamente a la ejecución. Una fase más de esta evolución aparece cuando se admite que la confesión de la deuda pudiera hacerse ante notario –*confessio coram notario*–, mientras que el *praeceptum de solvendo* seguía emitiéndose por el juez, ante el que las partes tenían que comparecer tras realizar el documento público. Más adelante se admitió que todo lo que hacía el juez en la creación del título podía hacerlo el notario, sobre la base de considerar que la emisión del *praeceptum* constituía un acto de jurisdicción voluntaria. A partir de este momento se distingue entre *instrumenta confessionata*, cuando el mandato de cumplimiento era ordenado por el juez, e *instrumenta guarentigia*, cuando el mandato era dictado por el notario. Surge así el documento *guarentigium* o *guarentigiatum*. A partir del siglo XVI, la cláusula *guarentigia* se convierte en una cláusula de estilo, teniéndose incluso por puesta aunque no apareciera realmente en el documento notarial. De este modo, los documentos notariales que documentaban obligaciones de pagar una determinada cantidad de dinero, de otras cosas fungibles o de valores pasaron a ser ejecutivos.

En el Derecho histórico español, ya con anterioridad al siglo XIV era costumbre que en los contratos públicos las partes establecieran cláusulas ejecutivas, refiriéndose los autores a dicha cláusula como *guarentigia* por influencia italiana. La primera manifestación legal del reconocimiento de fuerza ejecutiva a los documentos notariales que incluían dicha cláusula se encuentra en el Ordenamiento sobre Administración de Justicia dado a la ciudad de Sevilla en 1360 por Pedro I, así como en otro posterior de Enrique III en 1396, referido también a Sevilla²⁴, y que se extiende a toda Castilla en 1480 a través de los Reyes Católicos en virtud de la *Lex Toletana*. De esta práctica dan cuenta algunos autores castellanos, aunque también se trata por autores aragoneses²⁵. SUÁREZ afirma del texto de 1360 que se aplicaba en otros lugares de Andalucía,

²⁴ Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Victor: «Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: El ordenamiento sevillano de 1360». En: *Estudios de Derecho Procesal*. EDESA. Madrid, 1955, pp. 553 y ss.

²⁵ Cfr. DE GREGORIO-ROCASOLANO Y TURNO, Carlos: «El juicio sumario ejecutivo en los Fueros y Observancias del Reino de Aragón». En: *Anuario de Derecho Aragonés*. Tomo III. Zaragoza, 1946, pp. 157 y ss.

refiriéndose al modo en que se confeccionaba el documento ante notario, y ofreciendo en latín un ejemplo de cláusula ejecutiva *guarentigia*²⁶. También SUÁREZ DE PAZ trata la cláusula *guarentigia* utilizada en los instrumentos públicos italianos y recoge la utilizada en territorio español²⁷.

²⁶ Cfr. SUÁREZ, Rodericus: *Dilucida commentaria B. Roderici Suarez ... In l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testam. & in l. Post rem iudicatam. ff. de re iud. nec non in alias Fori & Ordinamenti leges...* Valladolid, 1588. Así, en p. 270 (*Declaratio legis Regni, Suquutus vestigia*, N° 3) afirma: «*Ex praedictis habes alium casum habentem paratam executionem scilicet instrumentum guarentigiae si confessio fiat coram iudice, qui faciat praeceptum. Idem si coram notario qui a lege vel satuto municipali habet auctoritatem faciendi tale praeceptum quod extendit etiam si ex privilegio esset iudex ordinarius, nec specialis potestas ei esset concessa faciendi dictum praeceptum. Hac forma instrumentorum non utimur in Hispania, cum notarii non habeant hoc privilegium nec aliquam iurisdictionem ad faciendum dictum praeceptum; sed nec coram iudice fiunt instrumenta, nec iudex facit eis praeceptum. In civitate Hispaniensi et in aliis partibus Beticae provinciae vidi observari, quod cum partes volebant celebrare contractum ibant cum notario coram iudice, et facto contractu coram eo ipse mandabat observari, et faciebat eis praeceptum: ut observarent contenta in instrumento sicut ex sententia, et vulgariter dicunt ipsi instrumentum ex iudicio iudicato; et illud est instrumentum confessionatum, et guarentigiae; ut supra dictum est*». La cuestión se desarrolla en pp. 270-276, N°s 4 a 18, y más adelante, en pp. 311 y 312 (*Declaratio legis Regni, Octavo limit*, N°s 3 a 5). El ejemplo de cláusula *guarentigia* se recoge en p. 271 (*Declaratio legis Regni, Suquutus vestigia*, N° 3): «*Sed pulchrum et mihi novum dubium est, utrum omne instrumentum, de quo loquitur haec lex, habeat executionem paratam ex hac legis dispositione, etiam si in eo non apponitur illa clausula quae communiter in Hispania apponitur in contractibus per tabelliones scilicet qui T. dedit potestatem omnibus iudicibus, coram quibus hoc instrumentum fuerit ostensum ut faciant pro contentis in eo executionem in eius persona et bonis, tamquam si contra eum esset lata sententiam transacta in rem iudicatam; et sic si virtus executiva stet in dicta clausula vel in dispositione huius legis; ita quod etiam si non apponatur ista clausula contractus habeat paratam executionem neminem vidi super hoc scribentem in terminis*».

²⁷ Cfr. SUAREZ DE PAZ, Gundisalvus: *Praxis ecclesiastica, et saecularis in qua acta processuum omnium utriusque fori causarum cum actionum formulis sermone hispano composita*. Tomo I, IV parte (*De forma, et modo procedendi via executiva in causis civilibus*). Cap. I, *De his, quae executionem paratam habent*, p. 133 (N° 10) en la que se afirma: «*Quae tamen clausula guarentigia apud Hispanos ex stylo Notariorum in instrumentis apponitur in haec verba: Damos poder á todos, y qualesquier Jueces y Justicias, ante quien la presente carta fuere presentada, para que sobre lo contenido en la dicha carta hagan execucion en nuestras personas, y bienes, assi, y tan cumplidamente,*

Como he destacado, este reconocimiento de fuerza ejecutiva a los documentos notariales que contuvieran obligaciones de dinero u otras cosas fungibles se generaliza a partir de la *Lex Toletana*, momento en que se puede considerar que en nuestro Derecho se aplica un sistema unitario de ejecución, un único proceso de ejecución, sea cual sea el título ejecutivo. Así pasa a la Nueva y a la Novísima Recopilación. El propio HEVIA BOLAÑOS, en su *Curia Philipica* se refiere a esta circunstancia, haciendo una enumeración de los títulos ejecutivos. Y, en concreto, cuando se refiere al documento notarial, lo define como «El instrumento público, ó auténtico que hace fé (y no el que no la hace) trae aparejada execucion, aunque en él no haya cláusula *guarentigia*, en que se da poder a los Jueces para que le executen, como por sentencia pasada en cosa juzgada»²⁸. A ello se añade más adelante que el instrumento debe ir referido a una obligación líquida en la cantidad, daños, intereses y expensas²⁹.

Esta evolución, en lo que se refiere a la existencia de un sistema unitario de ejecución, se rompe con las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, que pasan a establecer una dualidad de sistemas de ejecución, ya que regulaban,

como si contra nosotros fuesse dada sentencia definitiva por Juez competente, y fuesse por nosotros consentida, y passada en autoridad de cosa juzgada, etc. *Quae clausula, si in instrumentis apposita non fuerit, nec poterunt instrumenta executioni mandari, quod usu forensi totius hujus Regni receptum esse...*». Seguidamente alude al debate doctrinal sobre si era necesaria o no la inclusión de la mencionada cláusula para la ejecutividad de los instrumentos públicos.

²⁸ Seguidamente añade: «porque aunque por derecho civil y común no la trayga aparejada sin esa cláusula, como lo dicen Alexandro y Boeiro, por derecho real del Reyno, en él la trae sin ella, como consta de una ley enriqueña, y otra toledana de la Nueva Recopilación; sin que obste que otra ley carola de ella de á entender que ha de ser guarentigio, por la duda que podía causar, está quitada por otra ley filípica de la misma Recopilación, que dice, que la trayga aparejada el público: así lo resuelve Parladoiro, refiriendo las contrarias, y diversas opiniones que sobre esto hay; y para evitarlas se puede poner esta cláusula, pues lo que se pone en el Instrumento, para mayor superabundancia, y cautela, no se hace ni daña, según reglas de derecho». *Cfr.* HEVIA BOLAÑOS, Juan: *Curia Philipica*. Tomo I. Oficina de Ramón Ruiz. Madrid, 1797 [II parte: Del juicio ejecutivo, § VII: Instrumento], p. 112.

²⁹ *Cfr.* HEVIA BOLAÑOS: ob. cit., t. I, [II parte: Del juicio ejecutivo, § VIII: Liquidación], pp. 114 y 115.

por un lado, la ejecución de sentencias y demás títulos judiciales y, por otro, la ejecución de los títulos no judiciales, a través del denominado «juicio ejecutivo»³⁰. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 vuelve al sistema de unidad de la ejecución: El artículo 517 enumera los títulos ejecutivos, incluyendo la sentencia firme de condena y la escritura pública; y las disposiciones generales relativas a las partes, al tribunal competente y al despacho de ejecución se aplican a todos los títulos, aunque existan normas particulares distintas para los títulos judiciales o asimilados y para los títulos no judiciales. En lo que aquí es objeto de estudio, como ya he destacado, a tenor de lo que se deduce del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los títulos judiciales o asimilados pueden documentar toda clase de obligaciones referidas a prestaciones de dar, hacer o no hacer, mientras que los títulos no judiciales únicamente pueden documentar obligaciones dinerarias.

Como afirman MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, «es cierto que podía haber ocurrido de otra manera, pues teóricamente nada se opone a que el legislador hubiera admitido que estos títulos [se refieren a los no judiciales] podían documentar también obligaciones de hacer, no hacer o dar cosas específicas o genéricas, pero el legislador ha optado por mantener la tradición»³¹. En definitiva, los títulos ejecutivos extrajudiciales únicamente permiten la ejecución dineraria, pues solo pueden ser instrumento de constancia de una responsabilidad pecuniaria³². Igualmente, según TORIBIOS FUENTES, nuestro ordenamiento jurídico ni ha permitido ni permite que los títulos ejecutivos no judiciales incorporen obligaciones diferentes de las dinerarias. No obstante, este autor hace hincapié en el «criterio de oportunidad» empleado por el

³⁰ Cfr. ampliamente MONTERO AROCA y FLORS MATÍES: ob. cit. (*Tratado de proceso...*), t. I, pp. 50 y ss.

³¹ Cfr. *Ibid.*, p. 242.

³² Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Díez-PICAZO JIMENEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000, p. 293; PÉREZ DE BLANCO, Gilberto: *La ejecución no dineraria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Condenas de hacer, no hacer y dar)*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León. León, 2001, pp. 18 y ss.

legislador para asignar carácter ejecutivo a unos títulos y negárselo a otros³³. Por ello, solo tras la previa declaración judicial del derecho, el acreedor dispondría de un título ejecutivo, esta vez judicial, que le permitirá acudir al proceso de ejecución de condenas de hacer, no hacer o dar bienes (artículos 701 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En definitiva, el carácter «ejecutivo» de los títulos nace de la ley y no de la voluntad de las partes. Si los otorgantes desean que los actos que documentan tengan fuerza ejecutiva deben ajustarse a los requisitos de forma y contenido que, de modo taxativo, impone la ley, puesto que el principio de autonomía de la voluntad no permite –insisto– que puedan convertir en ejecutivo un título que procesalmente no lo es. Conviene dejar las cosas muy claras en este punto: entre el acto jurídico –aspecto material del título– de reconocimiento de deuda dineraria contenido en un documento privado o en una escritura pública no hay diferencias, pero el legislador otorga al instrumento público naturaleza ejecutiva y se la niega al documento privado –difieren en su aspecto formal–. De ello se deduce, que al legislador procesal no solo le preocupa el acto jurídico en sí, sino especialmente las garantías del documento que lo contiene y plasma, otorgándose carácter ejecutivo a títulos en atención a su aspecto formal³⁴.

³³ Cfr. TORIBIOS FUENTES, Fernando: *El título ejecutivo*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, leído el 5 de noviembre de 2010. Valladolid, 2010, p. 15.

³⁴ Como destaca TORIBIOS FUENTES: ob. cit., p. 15, nota 54, fuera del ámbito de la ejecución, el aspecto formal de los títulos puede tener su importancia, como ocurre con la preferencia y prelación de créditos. Así, el artículo 1923.3 del Código Civil dispone que gozan de preferencia –sobre los bienes hipotecados, o que hubiesen sido objeto de la refacción–, los créditos hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad. Igualmente, el artículo 1924.3 del Código Civil consagra la preferencia de los créditos sin privilegio especial cuando consten en escritura pública o por sentencia firme. También los artículos 90 y 156 de la Ley Concursal tienen en cuenta el aspecto formal de los créditos a la hora de reconocerles privilegio general. Incluso desde una perspectiva procesal –la de la tercería de mejor derecho (artículo 614 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)–, la documentación de los créditos tiene una especial trascendencia para que un crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante.

De la breve evolución histórica reseñada se concluye con claridad que los títulos extrajudiciales que incorporen obligaciones no pecuniarias no tienen carácter ejecutivo, aunque contengan la denominada cláusula *guarentigia*. Esta solo subsiste como residuo histórico en nuestra idioma. Así, el *Diccionario* en línea de la Real Academia Española, recoge el vocablo «guarenticio/a», que en la edición de 2006 se definía como aquel adjetivo en desuso que «se aplicaba al contrato, escritura o cláusula de ella en que se daba poder a las justicias para que la hiciesen cumplir, y ejecutasen al obligado como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada»³⁵. Igualmente, en el *Diccionario del Uso del Español Actual* María Moliner se consideran sinónimos los términos «guarenticio» y «guarentigio», definiendo al segundo como adjetivo que «se aplicaba al contrato que tenía carácter ejecutivo»³⁶.

PRIETO CASTRO ya destacó en su momento que en nuestro Derecho actual no se conoce ya el requisito de la «fórmula ejecutiva», que en otros sistemas es necesaria para que el título pueda iniciar la ejecución³⁷. Hoy el carácter «ejecutivo» de los títulos nace de la ley y no de la voluntad de las partes expresada en la escritura³⁸. Los otorgantes, si desean que los actos que documentan tengan fuerza ejecutiva, han de ajustarse a los requisitos de forma y contenido que de modo taxativo impone la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, si la fórmula ejecutiva tuvo históricamente su importancia, hace mucho tiempo que perdió su razón de ser, pues en la actualidad solo se exige que se trate de primera copia de la escritura. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 15 de abril de 1999, aunque el ejecutado alega la necesidad de que en la escritura se dijera expresamente que el acreedor podía instar la ejecución, se afirma: «... tal razonamiento cae por su propio peso, pues, por un lado, la Ley no exige que en la escritura se haga tal formal alusión, bastando con que se

³⁵ La edición actual del *Diccionario de la Lengua Española* define el adjetivo «guarenticio/a» de la siguiente manera: «Dicho de un escrito: Que otorga poder para que se haga cumplir», www.rae.es (consulta: 25-01-18).

³⁶ Cfr. *Diccionario del Uso del Español Actual* María Moliner. Tomo I. 2ª ed., 3ª reimp., Gredos. Madrid, 2001, p. 1433.

³⁷ Cfr. PRIETO CASTRO: ob. cit., t. II, p. 437.

³⁸ Cfr. MONTERO AROCA y FLORS MATÍES: ob. cit. (*Tratado de proceso...*), t. I, pp. 189 y ss.

trate de ‘primera copia’ (...) Ningún pacto suscrito por las partes limita de forma exclusiva al juicio declarativo ordinario el ámbito procesal de las acciones ejercitables por el acreedor, por lo que la pretensión de la ejecutada carece de toda apoyatura legal o convencional»³⁹.

Desde otra perspectiva se afronta el problema en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) de 14 de julio de 1997, única en la que he encontrado una mención expresa a la cláusula *guarentigia*. Se discute la validez, como título ejecutivo, de la escritura pública a que hacía referencia el artículo 25.6 de la Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación, de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, desarrollada por RD 1434/1992, de 27 de noviembre. En dicha escritura pública debía plasmarse la resolución sustitutiva del convenio, que tenía por finalidad fijar la remuneración compensatoria por la reproducción para uso privado. El problema planteado era que, dictada la resolución dentro del plazo previsto al efecto, la escritura pública se había formalizado cuando el plazo contemplado para formalizar la misma ya había transcurrido. La ausencia de este requisito formal se estima determinante para considerar nulo el título a los efectos del juicio ejecutivo. Desde esta perspectiva, la Sala insiste en que su argumentación se refiere «al carácter ejecutivo del título, no a su propia naturaleza jurídico-civil, y ese carácter ejecutivo viene dado cuando el mismo se encuentre revestido de todos los requisitos formales, pues no puede olvidarse la propia naturaleza del juicio ejecutivo, en sus orígenes previsto para documentos con cláusula *guarentigia* o de garantía, y concebido para documentos revestidos no solo de apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris*, sino también de todos los requisitos formales que le sean propios, siendo numerosos los ejemplos que podrían citarse de pérdida de fuerza ejecutiva de determinados documentos por incumplimiento de requisitos formales...»⁴⁰.

En definitiva, se puede concluir claramente que ni la presencia de la cláusula hace ejecutivo al título que, según la ley, adolece de tal carácter, ni su ausencia determina lo contrario. El título ejecutivo es así aquel acto documentado

³⁹ Cfr. EDJ 1999/12822.

⁴⁰ Cfr. Aranzadi. Civil 1997/1808.

típico al que la ley –y no la voluntad de las partes– asigna la eficacia de abrir, sin previa fase de cognición, el proceso de ejecución. Por ello, como se ha afirmado, «el despacho de ejecución requiere que los actos de ejecución cuya realización se solicite en la demanda sean conformes con la naturaleza y el contenido del título ejecutivo. Ello supone, en primer lugar, que la petición que se deduzca en el suplico habrá de ser acorde con la esencia y el significado de la obligación que en él se documenta, de modo que no resultará posible, con base en un título extrajudicial, solicitar la ejecución de una obligación de hacer, ni pedir la entrega de una cosa determinada cuando el título comprenda una obligación dineraria, o pedir una suma de dinero si la prestación debida consiste en otra cosa»⁴¹.

Creo que la ley deja las cosas meridianamente claras en este sentido, aunque de *lege ferenda* se planteen otros enfoques diferentes, sobre todo, por parte de los notarios⁴². Destaco lo anterior por las consecuencias paradójicas a que puede conducir la aplicación del Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Según su artículo 57.1, «los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado miembro, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado miembro, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 38 y siguientes. El tribunal ante el que se presentare un recurso con arreglo a los artículos 43 o 44 solo desestimaré o revocará el otorgamiento de la ejecución cuando la ejecución del documento fuere manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido». De esta manera, como se ha destacado, la Unión Europea trata de asegurarse la libre circulación de resoluciones judiciales y otros títulos de ejecución, de manera que «los documentos notariales alemanes que recogen obligaciones de dar cosa específica, hacer o no hacer son ejecutables en Alemania y también en España, mientras que los documentos notariales españoles idénticos no pueden ser ejecutados

⁴¹ Cfr. MONTERO AROCA y FLORS MATÍES: ob. cit. (*Tratado de proceso...*), t. 1, p. 622.

⁴² Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: «La ejecución judicial de títulos extrajudiciales: la escritura pública». En: *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo 51. Madrid, 2011, pp. 121 y ss.

en España ni tampoco en Alemania, lo que coloca en situación de desventaja competitiva al notariado español, sin causa alguna que lo justifique»⁴³.

5. Determinación del carácter no personalísimo o personalísimo de la prestación de hacer como criterio determinante en la ejecución forzosa

La cuestión relativa al carácter no personalísimo o personalísimo de la prestación de hacer resulta fundamental, pues es el criterio utilizado en la Ley de Enjuiciamiento Civil para distinguir dos modalidades de ejecución forzosa. Una prestación es fungible cuando la conducta puede ser realizada por un tercero, satisfaciéndose así el interés del acreedor ejecutante que va a recibir la misma prestación por persona distinta al obligado. Es, por el contrario, infungible cuando solo la realización de la prestación por el deudor satisface el interés del ejecutante. Ello significa que la fungibilidad va referida al deudor ejecutado, y no al objeto de la obligación⁴⁴. A efectos de la ejecución forzosa en forma específica, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una regulación diferente: por un lado, en el artículo 706 se regula la «condena de hacer no personalísimo» –prestación fungible–⁴⁵; y por otro, en el artículo 709 «la condena de hacer personalísimo» –prestación infungible–⁴⁶.

⁴³ Cfr. *Ibíd.*, pp. 140 y 141.

⁴⁴ Cfr. CAPILLA RONCERO: *ob. cit.*, p. 86; CATALÀ COMAS: *ob. cit.*, p. 88; PARDO IRANZO, Virginia: *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, pp. 151 y ss.

⁴⁵ Reproduzco a continuación el texto del precepto para mayor claridad de la exposición, si bien el texto íntegro de la Ley de Enjuiciamiento Civil se puede consultar en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Las referencias al secretario judicial deben entenderse realizadas en la actualidad al letrado de la Administración de Justicia. «Artículo 706. Condena de hacer no personalísimo. 1. Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo lleva a cabo en el plazo señalado por el Secretario judicial, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Cuando el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en aquél, sin que el ejecutante pueda optar entre la realización por tercero o el resarcimiento. 2. Si, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, el ejecutante optare por encargar el hacer

Como destaca para el Derecho venezolano MÉLICH-ORSINI: «Esta cuestión de la fungibilidad de la obligación de hacer omitida por el deudor es importante, pues es claro que si una conducta substitutiva autorizada por el juez a ser cumplida por un tercero ‘a costa del deudor’ no es posible por la naturaleza personalísima de la obligación del deudor, que haría necesario ejercer violencia

a un tercero, se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el Secretario judicial y, si el ejecutado no depositase la cantidad que éste apruebe mediante decreto, susceptible de recurso directo de revisión sin efecto suspensivo ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución, o no afianzase el pago, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria. Cuando el ejecutante optare por el resarcimiento de daños y perjuicios, se procederá a cuantificarlos conforme a lo previsto en los artículos 712 y siguientes».

- ⁴⁶ Transcribo en nota el texto vigente de este precepto: «Artículo 709. Condena de hacer personalísimo. 1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706. 2. Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711. 3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Secretario judicial responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal. 4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél».

sobre su persona para obligarle a ejecutar tal conducta, el acreedor no podrá obtener un cumplimiento en especie por vía forzosa»⁴⁷. La cuestión adquiere incluso mayor relevancia para DOMÍNGUEZ GUILLÉN quien clasifica las obligaciones de hacer precisamente en atención al interés personal del acreedor en el cumplimiento de la obligación. Así, esta autora distingue entre obligaciones de hacer «ordinarias», es decir aquellas que pueden ser cumplidas por el deudor o por un tercero, y se transmiten a los herederos; y obligaciones de hacer «personalísimas», *intuitu personae* o «infungibles», que son aquellas que deben ser cumplidas por el deudor en atención a sus caracteres personales o profesionales, y que se extinguen por su muerte⁴⁸. La «fungibilidad» figura, desde luego, entre las más evanescentes calificaciones jurídicas, y aunque ni el Código Civil español ni el venezolano la utilizan directamente en este caso, como afirma ZAMBRANO VELASCO, es evidente que diversos institutos recurren a esta idea⁴⁹. La calificación relativa a la fungibilidad o infungibilidad en materia de obligaciones se relaciona directamente con la posibilidad de que otra persona sustituya al deudor en el cumplimiento. Así pues, si un tercero puede sustituir al deudor ejecutando en su lugar la prestación debida por este, estamos ante una prestación fungible. De ahí que en estos casos el acreedor no pueda rechazar el pago o cumplimiento realizado por un tercero⁵⁰.

Es preciso, por tanto, distinguir en cada caso si estamos ante un hacer fungible o no fungible, es decir, si cabe o no la posibilidad de que el ejecutado sea sustituido en la realización del mismo. En el Derecho español, aparentemente, si la respuesta es afirmativa, el régimen aplicable será el del artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cabrá ejecución forzosa en forma específica

⁴⁷ Cfr. MÉLICH-ORSINI, José: *El pago*. 2ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010, p. 30.

⁴⁸ Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho...*), pp. 87 y ss.

⁴⁹ Cfr. ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría general de la obligación (parte general de las obligaciones)*. La estructura. Editorial Arte. Caracas, 1985, p. 263.

⁵⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 265, la fungibilidad puede resultar de la prestación misma, como, por ejemplo, la ejecución de un cuadro artístico, o lo de que se haya establecido en el título ejecutivo de la obligación.

por el deudor, o la posibilidad del cumplimiento por un tercero. En caso contrario, habría que aplicar lo dispuesto en el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no admite la realización de la prestación por un tercero y aplica un régimen diferente a la ejecución. El problema estriba entonces en determinar qué *facere* permite sustituir a la persona del deudor en la ejecución, lo cual es sumamente difícil desde un punto de vista objetivo. Doctrinalmente, se han propuesto varias soluciones⁵¹. La que goza de mayor predicamento es la de considerar la prestación fungible o infungible dependiendo de que sea o no necesario un conocimiento especializado, lo que supondría considerar fungibles aquellas obligaciones que comprometen al deudor a la realización de hechos materiales, y no fungibles las dirigidas a prestar una actividad artística o cualificada. Pero ello implicaría que lo que para unas personas puede parecer fungible, resultaría infungible para otras⁵².

Otras posturas hacen depender el carácter fungible o infungible de una decisión del acreedor, posterior al incumplimiento, dependiendo de que opte por exigir el hacer a un tercero o por la indemnización de daños y perjuicios⁵³. El artículo 1284 del Código Civil de Venezuela viene a hacer depender la cuestión del exclusivo criterio del acreedor cuando dice: «La obligación de hacer no se puede cumplir por un tercero contra la voluntad del acreedor, cuando éste tiene interés en que se cumpla por el mismo deudor»⁵⁴. Resultan muy gráficas, en este sentido, las palabras de BERNAD MAINAR cuando destaca que ante una ejecución voluntaria, en especie y directa, de una obligación de hacer, «el acreedor está interesado en que la obligación se cumpla por el propio deudor y no por un tercero, interés no caprichoso ni arbitrario, sino basado en la propia naturaleza de la obligación, al referirse a una serie de actividades calificadas que requieren

⁵¹ Un resumen en MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio: «La obligación forzosa de la obligación de hacer infungible». En: *Anuario de Derecho Civil*. N° 3. Madrid, 2001, pp. 1169 y ss.

⁵² En este sentido, ZARRELLI, Antonio: *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*. Jovene. Nápoles, 1969, pp. 102 y ss.

⁵³ Cfr. BORRÉ, Giuseppe: *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*. Jovene. Nápoles, 1966, pp. 127 y ss.

⁵⁴ Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy: *Curso de Derecho de Obligaciones. Derecho Civil III*. 7ª, UCAB. Caracas, 1989, p. 306.

de cierta pericia del deudor, por lo que se prohíbe al deudor, si el acreedor no lo acepta, el cumplimiento indirecto de la obligación a través de un tercero, a menos que se trate de una actividad corriente que no requiera de la intervención personal del deudor y pueda ser ejecutada por cualquier otra persona»⁵⁵.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española parece también hacer depender la distinción finalmente del interés del acreedor. Aunque podría utilizarse como dato indicativo aquello que hayan previsto las partes en el momento de constituir la relación obligatoria, lo cierto es que no hay un criterio que determine qué hacer es o no fungible, sino que en cada caso será fungible la prestación que el juez y, finalmente, el acreedor considere como tal según su interés. Ello es criticable en el sentido de que se califica la naturaleza –fungible o no fungible– por sus efectos –posibilidad o no de sustituir la prestación–, cuando lo correcto es que la posibilidad de sustitución se dé con independencia de la voluntad de las partes, de acuerdo con la naturaleza de la prestación⁵⁶. En este sentido, el artículo 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga al tribunal a fijar plazo según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran. Está claro que debe tomar en consideración criterios en cierta manera objetivos. Pero, a mi juicio, no existen obligaciones que por sí mismas, objetivamente, sean de uno u otro tipo, sino que se debe atender a cómo han sido configuradas por las partes⁵⁷. Según CATALÀ COMAS, «para alguien puede ser preciosa la obra de un modesto artesano y considerar sustituible al sujeto que debe llevar a cabo una obra de mayor envergadura»⁵⁸. Como afirma MORENO QUESADA, no hay categorías contractuales que, objetivamente, sean de las celebradas *intuitu personae*, y otras que no tengan esa calificación. Lo que hay son unas que normalmente se celebran así, y otras que, generalmente, no responden a tal circunstancia;

⁵⁵ Cfr. BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones (Revisado y actualizado)*. Tomo I. UCAB. Caracas, 2012, p. 173.

⁵⁶ Cfr. MORENO QUESADA, Bernardo: «Problemática de las obligaciones de hacer». *Revista de Derecho Privado*. Vol. 60, N° 6. Madrid, 1976, pp. 470 y ss.; LEDESMA MARTÍNEZ, María Julita: *Las obligaciones de hacer*. Comares. Granada, 1999, pp. 196 y ss.

⁵⁷ En este sentido, DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho...*), p. 98.

⁵⁸ Cfr. CATALÀ COMAS: ob. cit., p. 89.

pero tanto en uno como en otro caso las partes pueden configurarlas de forma distinta a la que es normal en cada caso⁵⁹.

Parece que debería partirse de cómo se ha configurado la prestación en el acto constitutivo de la relación obligatoria. Puedo sugerir como ejemplo la costumbre inveterada que existe en la Universidad de Valladolid de realizar un retrato al óleo de cada uno de los que han ocupado el cargo de Rector de la Universidad, que posteriormente se expone en el Aula Triste del Palacio de Santa Cruz. El encargo se hace a un pintor concreto, en función de su prestigio profesional. Pero, a mi entender, salvo que así se desprendiera claramente del contrato, no estamos ante un «hacer» personalísimo, porque de lo que se trata es de que la Universidad disponga de un cuadro al óleo de quien ha sido Rector, por lo que, en caso de incumplimiento, se le podría encargar el «hacer» a un tercero.

El artículo 1161 del Código Civil es clarificador cuando señala que «en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación». En definitiva, o bien existirá pacto expreso sobre la posibilidad de cumplimiento por tercero (*verbi gratia*, artículo 1721 del Código Civil), o bien se debe considerar que la obligación es *intuitu personae* en aquellos casos en que el acreedor ha tenido en cuenta la calidad y circunstancias del deudor en el momento de constituir la relación obligatoria. No se trata de cualquier circunstancia, sino de aquéllas que incidan en el desarrollo de la actividad en que consista la prestación, con lo que no solo se alude a circunstancias personales, sino también profesionales o que presupongan cierta cualificación en la persona del deudor, o que puedan considerarse implícitas en la naturaleza de la prestación misma⁶⁰. En todo caso,

⁵⁹ Cfr. MORENO QUESADA: ob. cit., p. 473.

⁶⁰ Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José: *El cumplimiento de las obligaciones*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956, p. 132; HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de Obligaciones, Obras Completas*. Tomo III. Espasa. Madrid, 1988, pp. 215 y ss., VERDERA SERVER: ob. cit., pp. 229 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Comentario al artículo 1161». En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XVI-1. EDESA. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, directores. Madrid, 1991, pp. 72 y ss.

debe tenerse en cuenta que de lo que se trata es de cumplir, no ya una obligación, sino una condena, pues no todas tienen su origen en una obligación previa, por lo que resulta capital lo que al respecto establezca la sentencia de condena⁶¹. Por ello, desde la perspectiva de la ejecución no importa tanto el modo en que se constituyó la prestación en el acto constitutivo de la relación obligatoria, sino si debe dotarse al ejecutante de unos medios ejecutivos específicos, que afecten intensamente a la persona del deudor, para intentar alcanzar un resultado que, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, podría ser conseguido de modo objetivamente igual a través de la prestación de un tercero con una adecuada cualificación⁶².

El punto de partida es subjetivo desde la perspectiva del acreedor en el momento de constituir la obligación, pero en el de la ejecución se objetiviza, en el sentido de permitirse al tribunal valorar las circunstancias, de manera que pueda tomar en consideración el hecho de que la ejecución por un tercero perjudique o no al acreedor. En definitiva, se puede decir que un hacer es fungible y que, por tanto, cabe fijar un plazo para el cumplimiento, cuando la prestación realizada por una tercera persona sea idónea para satisfacer, no el interés particular del titular del derecho, sino un interés económico considerado en abstracto.

Centrándonos en la fase de ejecución, los artículos 706.1 y 709.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil disponen que si el título ejecutivo contiene disposición específica para el caso de incumplimiento del ejecutado, se debe proceder de acuerdo con la misma, sin que proceda aplicar las disposiciones generales sobre ejecución de hacer no personalísimo o personalísimo. Los supuestos habituales pueden aparecer en el campo de las obligaciones contractuales, siempre que exista una previsión al efecto para el caso de incumplimiento, lo que explica que el legislador se refiera en estos preceptos al incumplimiento del «deudor». Pero hace falta igualmente que, como consecuencia de la pretensión del actor o de la defensa del demandado, en el proceso de declaración se dicte sentencia condenando a cumplir el *facere* y estableciendo, para el

⁶¹ Cfr. CATALÀ COMAS: ob. cit., p. 92, nota 20.

⁶² Cfr. ORTELLS RAMOS: ob. cit., p. 245.

caso de incumplimiento del mismo tras el requerimiento al ejecutado, otro pronunciamiento o condena subsidiarios⁶³.

Los problemas, sin embargo, aparecen cuando falta una disposición expresa en el título ejecutivo referida al supuesto de incumplimiento del ejecutado, pues el régimen de los artículos 706 y 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es diferente dependiendo de que el hacer sea o no personalísimo. Esta clasificación del *facere* parece darse por supuesta como algo previo a la ejecución, pero en realidad el legislador no ha dedicado una disposición concreta a los criterios que deben emplearse, a pesar de que de ello depende el régimen de la actividad ejecutiva a desarrollar. Es claro que tanto uno como otro precepto se refieren a la actividad procesal que puede desarrollar el ejecutante tras fracasar el requerimiento al ejecutado para que cumpla en sus propios términos lo establecido en el título ejecutivo. Es el ejecutante quien puede optar entre el resarcimiento por equivalente, o bien solicitar la aplicación de los medios ejecutivos que se correspondan con el carácter personalísimo o no personalísimo del hacer —siempre que el tribunal considere que no ha habido cumplimiento o que este ha sido defectuoso—.

Desde luego, si el ejecutante opta por el resarcimiento, esta decisión vincula al tribunal. No le vincula, en cambio, la apreciación del ejecutante sobre el carácter o no personalísimo de la prestación. Nótese que la opción por el resarcimiento en los artículos 706 y 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es idéntica pues, cuando el hacer se considera personalísimo, el artículo

⁶³ Cfr. ORTELLS RAMOS: ob. cit., pp. 229 y ss., quien pone de relieve que para ello es preciso: 1. Que el actor haya formulado en acumulación eventual la pretensión de condena al cumplimiento y la correspondiente pretensión para el caso de incumplimiento —si solo formula lo primero y su pretensión es estimada, se aplicaría el régimen ordinario de la ejecución de condena de hacer; mientras que si solo ha pretendido una condena dineraria como efecto jurídico del incumplimiento, y se estima dicha pretensión, procede la ejecución dineraria—. 2. Que el actor haya establecido como evento condicionante de la segunda pretensión, no el incumplimiento que la sentencia llegue a considerar probado, sino el que se produzca ante el requerimiento formulado dentro de la ejecución. Desde esta perspectiva deben enfocarse los supuestos de arras penitenciales y de posible cláusula penal.

709.2 prevé la imposición al ejecutado de una multa pecuniaria, que falta en el régimen del artículo 706. Por ello, en todo caso, es preciso que el tribunal se pronuncie sobre el carácter personalísimo o no del hacer. Según el artículo 709.1, si estima que la prestación tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo, se aplica el artículo 709.2. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706, lo que permite al ejecutante optar de nuevo por el resarcimiento, vinculando dicha decisión al tribunal –pero en este caso sin multa pecuniaria–.

Si el ejecutante opta por la ejecución forzosa en forma específica, también las actuaciones son distintas dependiendo de que el hacer sea o no personalísimo. Del artículo 709.1 se desprende que cuando el ejecutante solicita los medios ejecutivos correspondientes a un hacer personalísimo, dicha decisión no vincula al tribunal, que debe pronunciarse sobre el particular teniendo en cuenta los motivos alegados por el ejecutado. *A sensu contrario*, si el ejecutante opta por pedir que se le faculte para encargar el hacer a un tercero a costa del ejecutado –es decir, si opta por la vía del artículo 706, prevista para el hacer no personalísimo–, debe entenderse que tal decisión sí vincula al tribunal. Como afirma ORTELLS RAMOS, si el ejecutante estima que su derecho queda satisfecho con la actuación de un tercero a costa del ejecutado, parece justificado que la ley confiera a tal estimación eficacia vinculante de la decisión del tribunal, pues de este modo se puede alcanzar el fin de la ejecución –que no es otro que conseguir la satisfacción del ejecutante, según el artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, sin que se limite la libertad personal del ejecutado, que solo ve afectado su patrimonio⁶⁴.

6. Ejecución de condena de hacer no personalísimo

Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo consista en una prestación que no se pueda calificar de personalísima, de acuerdo con lo previsto en el artículo 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tribunal debe requerir al ejecutado para que la realice en el plazo fijado al efecto. Si el deudor-ejecutado,

⁶⁴ Cfr. ORTELLS RAMOS: ob. cit., p. 237.

atendiendo el requerimiento, cumple la condena, su actividad será la misma que si hubiera cumplido voluntariamente su obligación, e incluso la misma que si hubiera cumplido voluntariamente la sentencia de condena antes de iniciarse la ejecución. Pero, como vimos, no cabe mantener que estamos ante una ejecución voluntaria, sino forzosa.

Si el ejecutado, dentro del plazo señalado, no cumple la condena de hacer, se permite ya al ejecutante que solicite la ejecución a costa del deudor, es decir, la ejecución se va a realizar ahora al margen de la persona del ejecutado, actuándose sobre su patrimonio. En este sentido, el régimen previsto en el artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es coincidente con el artículo 1098 del Código Civil, conforme al cual, «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». En este mismo sentido se puede entender el artículo 1266 del Código Civil de Venezuela cuando dispone: «En caso de no ejecución de la obligación de hacer, el acreedor puede ser autorizado para hacerla ejecutar él mismo a costa del deudor». A esta situación se refiere igualmente el artículo 529 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela: «Si en la sentencia se hubiera condenado al cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, el juez podrá autorizar al acreedor, a solicitud de éste, para ejecutar él mismo la obligación o para destruir lo que se haya hecho en contravención de la obligación de no hacer, a costa del deudor». Como destaca con acierto DOMÍNGUEZ GUILLÉN, «la ejecución *in natura* de la condena es el objetivo primero y primordial de todo juicio cuya fase declarativa termina con un pronunciamiento ordenando un hacer». Por ello entiende que la obligación de hacer que pueda ser realizada por un sujeto distinto al deudor original, con cargo a este, sigue cumpliendo con ese sentido original de la ejecución *in natura*⁶⁵.

De una manera diferente a lo previsto en el derogado artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el actual artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española especifica que el ejecutante puede en este caso solicitar al tribunal que se le faculte para encargarlo a una tercera persona –a costa,

⁶⁵ Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho...*), p. 158.

claro está, del ejecutado—, o reclamar directamente resarcimiento de daños y perjuicios. Esta opción se concede al ejecutante solo para el caso de que el deudor no haya cumplido voluntariamente dentro del plazo que se le señale. Con ello se zanja la eventual defensa de la posibilidad de una ejecución directa por el acreedor, a expensas del deudor, sin intervención judicial, procurándose directamente la prestación de un tercero y repercutiendo después su costo al deudor incumplidor⁶⁶.

En el artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se parte de que el ejecutado no lleva a cabo el hacer a que le obliga el título ejecutivo en el plazo señalado por el tribunal. Este ya ha tenido en cuenta la naturaleza del *facere* para establecer dicho plazo. Pero, ante el incumplimiento del obligado desoyendo el requerimiento judicial, no es ya el tribunal quien decide sobre la fungibilidad del «hacer», es decir, sobre la posibilidad de sustitución, sino el ejecutante. Puede ser criticable que no sea el juez quien decida la ejecución por un tercero a costa del ejecutado, teniendo en cuenta los criterios de ambas partes; pero lo cierto es que el legislador se ha decantado en ese punto por considerar prevalente, no un interés económico o social objetivamente considerado, sino el interés particular del titular del derecho. Desde esta perspectiva son dos los problemas básicos que puede plantear aquí la ejecución forzosa en forma específica: la elección del tercero, y quién y cómo se remunera su actividad.

6.1. *A quién corresponde la elección del tercero*

Por lo que se refiere a la primera cuestión, se ha defendido que el encargado del hacer puede ser tanto un tercero como el propio ejecutante⁶⁷, pero el artículo 706

⁶⁶ Vid. la opinión contraria de MORENO QUESADA: ob. cit., pp. 490 y ss., y mi crítica en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario al artículo 706». En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2ª, Lex Nova. A. M. LORCA NAVARRETE, director y V. GUILARTE GUTIÉRREZ, coord. Valladolid, 2000, pp. 3667 y ss. En el mismo sentido, SÁNCHEZ ARISTI, R.: «Comentario al artículo 1098». En: *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi. R. BERCOVITZ, coord. Pamplona, 2001, pp. 1271 y ss.

⁶⁷ Cfr. MORENO CATENA, Víctor: «La ejecución forzosa». En: *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo IV. Tecnos. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ y V. MORENO CATENA, coords. Madrid, 2000, p. 129; y antes de la reforma, VERDERA SERVER: ob. cit., p. 293, y CATALÀ COMAS: ob. cit., pp. 258 y ss.

de la Ley de Enjuiciamiento Civil solo se refiere a un tercero, lo que parece justificarse por razones de imparcialidad y objetividad⁶⁸. El hecho de que se faculte al ejecutante para encargar el hacer a un tercero, significa que el juez no participa en su designación, ni tiene que aprobar la designación realizada por el ejecutante⁶⁹; y que quien contrata con el tercero es directamente el ejecutante⁷⁰.

6.2. *Quién y cómo se remunera la actividad del tercero*

En cuanto a quién y cómo se remunera la actividad del tercero, el artículo 706.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la obtención previa de fondos en vía ejecutiva sobre el patrimonio del ejecutado⁷¹. Un ejecutante precavido habrá solicitado el embargo a que se refiere el artículo 700 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues cubre con ello el posible riesgo de insolvencia del ejecutado durante el plazo previsto en el requerimiento; pero puede también solicitarlo con posterioridad, tras la valoración del coste del *facere* por un perito tasador designado por letrado de la Administración de Justicia. En cuanto a la designación del perito, creo que procede aplicar el régimen de los

⁶⁸ Cfr. PARDO IRANZO: ob. cit., pp. 180 y ss.; ORTELLS RAMOS: ob. cit., p. 250.

⁶⁹ Cfr. PÉREZ DE BLANCO: ob. cit., p. 67. En contra, José María TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, en: *Los procesos civiles*. 5ª, Bosch. J. GARBERÍ LLOBREGAT, director. Barcelona, 2001, pp. 383 y ss., sobre la base de que el coste del hacer del tercero puede ser desproporcionado. Pero lo cierto es que el ejecutado ha dispuesto ya de varias oportunidades para cumplir él mismo la prestación: una anterior a la ejecución (la del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y otra al comienzo de la misma, tras el correspondiente requerimiento.

⁷⁰ En cambio, FRANCO ARIAS, Justo: «Ejecución no dineraria: disposiciones generales, ejecución por deberes de entregar cosas y por obligaciones de hacer y no hacer». En: *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentario sistemático a la Ley 1/2000*. Tomo III. Economist&Jurist, J. ALONSO-CUEVILLA SAYROL, coord. Barcelona, 2000, p. 488, considera que también debería permitirse al ejecutado que presente a otro tercero que esté dispuesto a realizar el *facere* con un menor dispendio. A mi juicio, esta solución no es admisible, teniendo en cuenta que es el propio ejecutado quien no cumple el requerimiento a que está obligado.

⁷¹ Para algunos autores, el artículo 706.2 no cierra la posibilidad a otra alternativa: la financiación por el ejecutante y el cobro de la deuda que conste en las facturas abonadas al tercero en vía ejecutiva. Cfr. PARDO IRANZO: ob. cit., pp. 185 y ss.; ORTELLS RAMOS: ob. cit., pp. 263 y ss.

artículos 638 y 639 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos al perito tasador de bienes en la ejecución dineraria⁷². La valoración realizada es objeto de control judicial, y una vez aprobado el coste mediante providencia, y notificada al ejecutado, este debe proceder al depósito o afianzamiento de la cantidad correspondiente. En caso contrario, se procede de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma necesaria. Dado que quien contrata con el tercero es el ejecutante, aquel no está vinculado por el coste judicialmente aprobado. Por ello, si la cantidad obtenida con cargo al patrimonio del ejecutado no es suficiente, procede decretar un nuevo embargo, pues en caso contrario no existiría completa satisfacción del acreedor ejecutante (artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)⁷³.

Se trata con ello de evitar que el ejecutante financie una deuda que pueda no recuperar si el ejecutado resulta insolvente. Sin embargo, del artículo 706.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede deducirse sin más que el coste fijado por el perito y aprobado judicialmente devenga definitivo y al margen del coste real del cumplimiento de la obligación de hacer a cargo del ejecutado. Si así fuera estaríamos transformando esa ejecución de hacer en una ejecución dineraria, y no es eso lo que el precepto establece, pues habla de «ejecución (de ese hacer) por un tercero». Como se destaca en los autos de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 7 de noviembre de 2003 (JUR 2003, 277498), de Valencia de 10 de abril de 2007 (AC 2007, 1193) y de La Rioja de 17 de

⁷² Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO: ob. cit., p. 3672. En el mismo sentido, NADAL GÓMEZ, Irene: «Comentario a los artículos 705 y ss.». En: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. Aranzadi. F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J. J. MUERZA ESPARZA y I. TAPIA FERNÁNDEZ, coords. Pamplona, 2001, p. 603. En contra, entienden que la designación debe llevarse a cabo por la vía de los artículos 340 y ss., PARDO IRANZO: ob. cit., pp. 210 y ss.; ILLESCAS RUS, Ángel Vicente: «Comentario a los artículos 705 y ss.». En: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Iurgium. M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, J. M. RIFÁ SOLER y J. F. VALLS GOMBAU. Barcelona, 2001, *passim*; ORTELLS RAMOS: ob. cit., pp. 257 y ss.

⁷³ En cambio, para FRANCO ARIAS: ob. cit., pp. 487 y ss., una vez realizada la peritación, debe darse traslado a las partes, dándoles el oportuno trámite de audiencia antes de decidir definitivamente el tribunal el importe en que se valora el coste. Pero entiende que la cantidad fijada inicialmente puede ser incrementada o reducida si con posterioridad, una vez realizado el «hacer», queda acreditado que no se ajustaba a la realidad.

septiembre de 2011 (JUR 2011, 347787), la ejecución solo puede terminar cuando el tercero concluya la obra y el ejecutante aporte al efecto la oportuna acreditación suficiente de dicha terminación y de su coste, de forma que el ejecutante tendrá derecho a que se le satisfaga el coste definitivo de la condena de hacer determinada contradictoriamente en la ejecución si este fuera mayor que la suma percibida, o bien tendrá la obligación de restituir lo percibido de más en el caso de que el coste final de la obra fuera inferior a la suma que le fue entregada⁷⁴.

7. Ejecución de condena de hacer personalísimo

En los casos de condena de hacer infungible, se puede decir que el ejecutante tiene mayores probabilidades de tener que conformarse con la obtención del equivalente pecuniario de la prestación debida y, en su caso, la correspondiente

⁷⁴ El mismo enfoque procede en caso de quiebra o concurso del obligado a un hacer no personalísimo. Así según la sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 6 de Madrid de 2 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 342473): «la obligación de hacer no personalísimo e incumplida por la concursada con anterioridad a la declaración concursal no transforma su naturaleza jurídica por la circunstancia de encargar a un tercero la ejecución de las obras de reparación objeto de aquella ni por la circunstancia de iniciar medidas de apremio contra el patrimonio del ejecutado [en este caso paralizadas por causa de la declaración concursal], por lo que es aquella obligación y su provisional liquidación la que ha de procederse a incluir en el listado de acreedores, sin cuantía definitiva hasta la completa realización de las obras y la definitiva determinación del importe del hacer no personalísimo mediante la facturación adecuada de las obras de reparación pericialmente fijadas, lo que obliga a acudir al cauce del artículo 87.1 de la Ley Concursal y estimar que la definitiva liquidación de las obras solo se alcanzará en un futuro mediante la oportuna resolución judicial dictada por el juez de la ejecución, lo que somete a condición resolutoria el importe fijado por el cauce del artículo 706.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) Resulta de ello, evidente, que la completa ejecución de la obligación de hacer a cargo de la concursada puede verse incrementada en un futuro en el importe primeramente fijado mediante decreto hasta así obtener la completa satisfacción del acreedor-ejecutante [artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil], así como que dichas probables modificaciones deben tener cauce concursal para su reflejo en la lista de acreedores, lo que exige dar a aquella resolución dictada en aplicación del artículo 706.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el tratamiento condicional resolutorio del artículo 87.1 de la Ley Concursal».

indemnización de daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento. Destaca DOMÍNGUEZ GUILLÉN que, en estos casos, no se puede obtener la ejecución forzosa en especie, ya que no se puede ejercer violencia sobre la persona del deudor, por lo que procede determinar el crédito en una cantidad de dinero y proceder al embargo de bienes del deudor para su remate judicial, indemnizando de esta manera al acreedor por los daños sufridos a causa del incumplimiento⁷⁵.

Pero en España la situación, desde la perspectiva de la ejecución forzosa en forma específica, ha cambiado ahora radicalmente en comparación con lo establecido en el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, conforme al cual, si el ejecutado no cumplía lo que se ordenaba para la ejecución, se entendía *ex lege* que optaba «por el resarcimiento de perjuicios», lo que doctrinalmente se explicaba como consagración de la máxima *nemo ad factum praecise cogi potest*. Este principio de incoercibilidad procede en realidad de una larga evolución histórica, con especial incidencia en el Derecho francés, en la que destaca el conflicto entre, por un lado, la fuerza obligatoria del contrato y, por otro, la libertad del deudor⁷⁶. Afirmar hoy que nadie puede ser obligado a hacer nada contra su voluntad es algo que choca frontalmente con el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra nuestra Constitución. La necesidad de un cambio de enfoque era obvia partiendo de los artículos 24.1 y 118 de la Constitución y 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

⁷⁵ Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho...*), p. 158.

⁷⁶ Cfr. JEANDIDIER, W.: «*L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*». En: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. París, 1976, pp. 700 y ss.; MARTÍN PÉREZ: ob. cit., pp. 329 y ss. En el Derecho francés la incoercibilidad se ha hecho derivar por los autores del artículo 1142 del *Code*: «*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*». Sin embargo, ha tenido una gran influencia en la doctrina francesa la tesis defendida en 1993 en Bélgica por WERY, Patrick: *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture de arts. 1142 à 1144 du Code Civil*. Éd. Kluwer, Coll. Scientifique de la Faculté de Droit de Liège. Lieja, 1993. Para este autor, el inciso final del artículo 1142 «*en cas d'inexécution*», debe ser objeto de una relectura: «*en cas d'inexécution de la condamnation à exécuter l'obligation en nature*». Sobre la influencia de este planteamiento en la doctrina francesa, cfr. VINEY, Geneviève. y JOURDAIN, Patrice: *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*. 2ª, LGDJ. J. GHESTIN, director. París, 2001, pp. 30 y ss.

que reclaman que las sentencias se ejecuten en sus propios términos, adoptando las medidas que aseguren la mayor efectividad posible de la ejecutoria⁷⁷.

El nuevo régimen previsto del artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil da un giro radical en este punto, pues la solución final no se hace depender del ejecutado, sino del ejecutante, que es quien decide si opta por la indemnización sustitutoria o por la ejecución forzosa en forma específica de la condena, a través de una serie de medios compulsivos, entre los que destacan las multas coercitivas periódicas. De acuerdo con este precepto, cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, «el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida». Como se puede observar, en estos casos resulta igualmente aplicable lo dispuesto en los artículos 699 y 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, la necesidad del requerimiento al ejecutado para que cumpla en sus propios términos la prestación de hacer impuesta en el título. A la hora de fijar el plazo de cumplimiento con una mayor o menor extensión, de acuerdo con el artículo 705, el juez debe tomar en consideración la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran.

Tras este requerimiento al ejecutado para que cumpla lo establecido en el título ejecutivo, el artículo 709.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite a aquél, dentro del mismo plazo para cumplir el requerimiento, alegar los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone o lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no de la prestación debida. Resulta un tanto sorprendente que se permita al ejecutado hacer valer cuestiones que debían haberse ventilado en el declarativo correspondiente, pues el artículo 709 comienza aludiendo a un título ejecutivo que «se refiere a un hacer personalísimo»⁷⁸. Parece aludirse aquí a la posibilidad de que el derecho establecido en

⁷⁷ *Cfr.*, antes de la reforma, TAPIA FERNÁNDEZ: ob. cit., *passim*, especialmente, pp. 129 y ss.; y recientemente, por todos, ORTELLS RAMOS: ob. cit., pp. 37 y ss.

⁷⁸ Los supuestos de oposición a la ejecución vienen recogidos en los artículos 556 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no cabe reproducir ahora excepciones

el título pueda sufrir alguna modificación con posterioridad. Lo que ocurre es que limita las posibilidades de manifestación del ejecutado a los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone, y a alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no de la prestación debida. La cuestión es importante porque los medios ejecutivos que prevé el artículo 709 para las condenas de hacer personalísimo difieren de las previstas en el artículo 706 para las de hacer no personalísimo. La lectura de los mismos revela que, una vez desoído el requerimiento, la ejecución continúa con efectos diferentes en uno y otro caso. En definitiva, cuando el artículo 709 habla de los motivos por los que el ejecutado se niega a hacer lo que el título dispone, no se refiere a causas de oposición a la ejecución, sino a que la misma se siga por los cauces previstos para las condenas de hacer no personalísimo, por haber surgido con posterioridad algún hecho que limite el contenido de la ejecución. Además, como se ha destacado, pudiera suceder que el acreedor ejecutante pretendiera que se apremiara al deudor a cumplir personalmente la obligación, cuando realmente esta puede ser cumplida por un tercero con idénticos resultados desde el punto de vista del interés del acreedor⁷⁹.

que debieron hacerse valer cuando el título estaba en formación. El precepto puede ser comprensible desde la óptica del artículo 564, que se refiere a la defensa jurídica del ejecutado cuando, precluidas las posibilidades de alegación en juicio, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos como causas de oposición a la ejecución, que sean jurídicamente relevantes respecto a los deberes impuestos en el título. El artículo 564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que tales hechos o actos pueden hacerse valer en el proceso que corresponda, cuya finalidad es obtener una sentencia que establezca que, no obstante la existencia del título ejecutivo, el derecho contenido en el mismo o bien ya no es exigible o lo es en distinta medida –*verbi gratia*, existe un pacto de espera–. *Vid.*, en este sentido, FRANCO ARIAS: ob. cit., p. 500. Para evitar esto, los motivos a que se refiere el artículo 709 tienen que referirse a hechos producidos con posterioridad al último momento preclusivo en que pudieron alegarse en el declarativo, ya que todo lo que sea anterior no puede volver a ser objeto de discusión, al quedar cubierto por la cosa juzgada. Tanto los hechos constitutivos de la pretensión del demandante, como los hechos que hayan impedido el hacer personalísimo, destinados a evitar que los hechos constitutivos de la pretensión desplieguen su eficacia, deben alegarse en la fase declarativa, quedando ambos cubiertos por la cosa juzgada.

⁷⁹ Cfr. PARDO IRANZO: ob. cit., p. 295.

En principio debería ser la sentencia de condena la que estableciera la vía a seguir. Pero si no se establece en la misma ninguna regla para determinar si el *facere* es o no fungible, el artículo 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece dar a entender que será el juez quien, «según la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurren», se pronuncie sobre el carácter personalísimo o no del hacer a que condena la ejecutoria. Anteriormente, he destacado que, aunque el punto de partida es subjetivo desde la perspectiva del acreedor en el momento de constituir la obligación, en el momento de la ejecución se objetiviza, en el sentido de permitirse al tribunal valorar las circunstancias, de manera que pueda tomar en consideración el hecho de que la ejecución por un tercero perjudique o no al ejecutante.

Estas mismas circunstancias y la naturaleza de la prestación son las que deberá tener en cuenta para establecer un plazo mayor o menor para el cumplimiento, y para apreciar las dificultades del ejecutado para llevar a cabo la conducta ordenada o la imposibilidad de realización por sí mismo. De lo que se trata es de destacar que el interés subjetivo del ejecutante no puede comportar abusos de derecho ni sobrepasar el límite de la libertad del ejecutado, aplicando el principio de máxima satisfacción con el mínimo sacrificio. Así, teniendo en cuenta lo alegado por el ejecutado sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida, el juez podrá determinar que el hacer es fungible cuando la prestación realizada por una tercera persona sea idónea para satisfacer, no el interés particular del titular del derecho, sino un interés económico considerado en abstracto. De ser esto así, según el último inciso del artículo 709.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, el previsto para las condenas de hacer no personalísimo⁸⁰.

⁸⁰ A ello es a lo que parece referirse el punto xvii de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando, tras destacar que el incumplimiento de la condena de hacer ya no conlleva directamente la indemnización de daños y perjuicios, afirma: «se evitan las constricciones excesivas, buscando el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado y, por otro, el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario».

En todo caso, es claro que con el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la mano, la conversión de la condena de hacer personalísimo en indemnización de daños y perjuicios ya no es hoy automática⁸¹. Si transcurre el plazo señalado sin que la prestación se haya cumplido, es el ejecutante quien puede optar entre pedir que la ejecución siga adelante para que le sea entregado un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El ejercicio de esta opción vincula al juez de la ejecución, quien no puede acordar que se convierta en el equivalente pecuniario cuando el ejecutante ha optado por la ejecución forzosa en forma específica, ni viceversa.

El importe de las multas mensuales no puede exceder el 20 % del valor del *facere* de que se trate. La finalidad de estas multas es claramente compulsiva, pero si transcurre un año y el ejecutado continúa rehusando hacer lo que dispone el título, lo que prevé el artículo 709.3 es que se prosiga la ejecución a través de dos vías diferentes: a. Para entregar al ejecutante el equivalente pecuniario de la prestación. b. Para la adopción de cualesquiera otra medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante.

Si el ejecutante opta por proseguir la ejecución para que se le entregue el equivalente pecuniario de la prestación debida, resulta plenamente aplicable el artículo 709.2 cuando establece que el juez en la misma resolución impondrá

⁸¹ El artículo 9:102 [1, c)] de los *Principles of European Contract Law* de LANDO-BEALE, citados *supra*, se decanta por la solución contraria: «*Specific performance cannot, however, be obtained where: (...) c. the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship*». Se ha impuesto así el criterio del *Common Law*, de considerar la ejecución en forma específica como una solución extraordinaria, frente al seguido en muchos ordenamientos continentales. En sentido parecido se expresa el artículo III-3:302 del *Draft Common Frame of Reference*, cuando en su apartado 3.c. excluye la ejecución forzosa en forma específica cuando el cumplimiento sea de una naturaleza personal tal que sería poco razonable reclamarlo («*performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it*»). Vid. en este sentido las consideraciones de VON BAR y CLIVE: ob. cit., vol. 1, pp. 832 y 833.

al condenado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene como límite el 50 % del valor que tenga la conducta omitida. El ejecutado se encuentra entonces con una nueva multa única, además de las doce mensuales anteriores que tendrá que satisfacer. No obstante, puede suceder que los daños que se hayan irrogado al ejecutante por el incumplimiento durante todo este plazo sean superiores. Así, para pedir la ejecución por el equivalente pecuniario de la prestación de hacer no hará falta acreditar ningún daño, porque el dinero sustituye a la conducta omitida. Pero cuando el quebrantamiento de la sentencia de condena produzca daños al ejecutante, es previsible que estos sean superiores a los que podrían haberse producido de ejecutarse con anterioridad la condena en sus propios términos, por lo podrá reclamarlos en fase de ejecución, además del equivalente pecuniario de la prestación no realizada.

Es posible también que el ejecutante solicite la adopción de cualesquiera otra medidas que resulten idóneas para satisfacer su interés, aunque el precepto no especifica en qué pueden consistir las mismas, estableciendo únicamente que el juez las acordará a petición del ejecutante y oído el ejecutado⁸². En todo caso, como destaca ORTELLS RAMOS, si estas medidas se solicitan como alternativa a la ejecución por el equivalente pecuniario, debe tratarse de medidas orientadas a generar una satisfacción *in natura* del derecho a la prestación reconocido por el título, aunque esa satisfacción no sea perfecta⁸³.

Desde esta perspectiva cabe incluso que se solicite la realización de la conducta por un tercero, a costa del ejecutado. No se opone a ello el artículo 1161 del Código Civil que, en consonancia con el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solo impide que se le pueda compeler a recibir la prestación de un tercero cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación. Es ahora el ejecutante quien, a pesar del carácter infungible de la prestación, opta finalmente por esta solución. Podría incluso solicitarse la publicación a costa del

⁸² Sobre el tipo de medidas a adoptar, *vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO: ob. cit., pp. 3720 y ss.

⁸³ *Cfr.* ORTELLS RAMOS: ob. cit., p. 319.

ejecutado de uno o varios anuncios en un periódico de amplia tirada solicitando un tercero dispuesto a hacer lo que el ejecutado se niega en el encargo que asumió y que el juez le ha condenado a realizar. Apunta esta posibilidad CATALÀ COMAS, utilizando el ejemplo del afamado pintor que se niega a culminar un retrato. De esta solicitud se daría traslado a la otra parte, ya que la amenaza de «ataque» al buen nombre del ejecutado podría quizá persuadirle⁸⁴.

Pero si opta por encargar la realización de la conducta a un tercero, a diferencia de lo que establece el artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de pagar el ejecutado el coste del *facere* realizado por aquel —coste que será previsiblemente más elevado que el que le supondría ejecutar la condena en sus propios términos—, debería abonar la diferencia de resultado entre el obtenido con el hacer del tercero y el perseguido por la ejecutoria. Se trata en definitiva de entender que si el hacer del tercero es de menor calidad que el hacer del propio ejecutado, dicha diferencia debería ser objeto de indemnización⁸⁵. No obstante, como acertadamente destaca ORTELLS RAMOS, no parece que esta indemnización pueda ser decidida por el juez en el impreciso procedimiento apuntado en el artículo 709.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues el ejecutado tiene derecho al procedimiento legalmente establecido en los artículos 713 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸⁶.

Ahora bien, lo que no parece de recibo es la solución apuntada por algún autor, cuando afirma que, si el ejecutado condenado a pintar un cuadro, que como pintor reconocido solo él podría pintar, no cumpliera voluntariamente, se le podría «condenar, a instancia del acreedor ejecutante, a entregar otro de los que ya tuviera pintados y que todavía tuviera en su poder. Se convertiría así la condena de hacer personalísimo en una condena a entregar una cosa mueble que debería seguirse según los cauces previstos para este tipo de condenas»⁸⁷. No acierto a ver cómo se puede justificar la aplicación del régimen

⁸⁴ Cfr. CATALÀ COMAS: ob. cit., p. 221.

⁸⁵ Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel: *Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1995, p. 334; PARDO IRANZO: ob. cit., p. 312.

⁸⁶ Cfr. ORTELLS RAMOS: ob. cit., p. 320.

⁸⁷ Cfr. NADAL GÓMEZ: ob. cit., p. 622.

previsto para la entrega de cosas muebles, cuestión que el título ejecutivo en ningún caso autoriza. Por otro lado, si esta solución fuera admisible, no tendría por qué limitarse a otro cuadro, sino a cualquier bien del deudor. Como se ha destacado, el patrimonio del ejecutado está sujeto al embargo de bienes suficientes y por el orden legal, pero no a la expropiación de un bien concreto, salvo que exista obligación o deber de entregarlo por algún título. Cuestión distinta es que se llegue a una solución transaccional⁸⁸.

8. El problema de la imposibilidad de la prestación antes y después de iniciada la ejecución

Una última cuestión a analizar es la relativa la imposibilidad de la prestación de hacer y en qué medida el inicio de la ejecución puede incidir en el régimen general. De acuerdo con el artículo 1184 del Código Civil, «quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible». Entre los civilistas, el enfoque de este precepto se realiza desde una perspectiva estrictamente sustantiva; y puesto en relación con el artículo 1182 del Código Civil, se concluye que el deudor queda liberado cuando la prestación de hacer resulta imposible, si hay ausencia de culpa y no se haya constituido en mora; produciéndose en caso contrario la *perpetuatio obligationis*. Fuera de esto, la mayor parte de los estudios se reducen a analizar qué se entiende por imposibilidad física y jurídica⁸⁹. No obstante, autores como LLAMAS POMBO estudian con amplitud este problema llegando a la conclusión de que la *perpetuatio obligationis* funciona como un mecanismo de asignación al deudor del riesgo inherente a la eventual imposibilidad

⁸⁸ Cfr. ORTELLS RAMOS: ob. cit., p. 319, nota 256.

⁸⁹ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Comentario al artículo 1184». En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XVI-1. EDESA. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, directores. Madrid, 1991, pp. 338 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «Comentario al artículo 1184». En: *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*. Tomo II. Comares. M. PASQUAU LIAÑO, director. Granada, 2000, pp. 2062 y ss.; BADOSA COLL, Ferrán: «Comentario al artículo 1184». En: *Comentario del Código Civil*. Tomo II. 2ª, Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, pp. 159 y ss.

sobvenida de la realización específica de la prestación, y no como un instrumento de imputación de los daños seguidos del incumplimiento de la obligación⁹⁰.

Partiendo de estas premisas, no obstante, desde la perspectiva de la ejecución, la solución no puede ser sin más la de considerar liberado al deudor cuando la prestación de hacer resulta imposible, si no existe culpa ni mora. Un vez formado el título ejecutivo las cosas cambian. Tras establecer que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone: «Si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno».

Parece claro que la imposibilidad de la ejecución de una prestación de hacer, sea este no personalísimo o personalísimo, influye en el desarrollo de la actividad ejecutiva. Pero debe dejarse claro que tal imposibilidad, una vez iniciada la ejecución, en ningún caso puede suponer la liberación del deudor-ejecutado, porque la cosa juzgada o la preclusión operada en el proceso declarativo impiden tal consecuencia respecto de una obligación que la sentencia ya declaró válida y exigible⁹¹. No obstante, desde la perspectiva de la ejecución forzosa en forma específica, es necesario diferenciar los supuestos de imposibilidad de hacer no personalísimo y personalísimo.

En los casos de hacer no personalísimo, los supuestos de imposibilidad pueden ser muy diversos, pero desde luego más amplios que los que se contemplan en el artículo 1184 del Código Civil. Así, a los supuestos de imposibilidad material y jurídica, debe añadirse la ausencia de un tercero dispuesto a contratar, pues la ley no impone al tercero ninguna obligación de contratar, ni exige al ejecutante agotar todas las posibilidades en este punto. La imposibilidad de la prestación en cualquiera de estos casos tiene como consecuencia que la ejecución se fije con arreglo al equivalente pecuniario. Esta solución debe aplicarse una vez que

⁹⁰ *Cfr.* LLAMAS POMBO: ob. cit., pp. 245 y ss.

⁹¹ *Cfr.* ORTELLS RAMOS: ob. cit., p. 322; CATALÀ COMAS: ob. cit., pp. 422 y ss.

se ha formado el título ejecutivo, pues, como se ha destacado, para que la imposibilidad sobrevenida de la prestación u otras posibles manifestaciones del principio *rebus sic stantibus* pudieran determinar la extinción de la obligación, sería necesario que hubieran podido ser apreciadas en el proceso declarativo y que hubieran fundado un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión de condena⁹².

En los casos de hacer personalísimo, puede resultar más difícil apreciar cuándo estamos ante una verdadera imposibilidad de la prestación, y cuándo ante la negativa del ejecutado a realizar la prestación debida. Así, resulta evidente la imposibilidad de un afamado organista, condenado a grabar la obra completa para órgano de BACH, si ha perdido un brazo como secuela de un accidente; mientras que es más inseguro hablar de imposibilidad si esta se hace consistir en un estado de salud delicado que le impediría asumir la carga de trabajo correspondiente, o en una prolongada falta de preparación técnica, que podría dar lugar a un resultado indigno del prestigio que el intérprete había adquirido.

En todo caso, en atención al régimen previsto en el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, parece necesario hacer algunas puntualizaciones. Desde el momento en que concurra la causa de imposibilidad, entiendo que no debe acordarse la imposición de multas coercitivas, ni deben imponerse mensualmente las que hayan sido acordadas. La finalidad de estas multas es estimular el cumplimiento, por lo que sería contradictorio imponerlas cuando se ha constatado la imposibilidad del mismo⁹³. En cambio, según opinión de ORTELLS RAMOS, que suscribo, este mismo razonamiento no puede servir para excluir la imposición de la multa única a que se refiere el artículo 709.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues su fundamento es diferente al de las multas periódicas: no se trata de influir en la conducta del ejecutado coaccionándolo al cumplimiento de la prestación en los términos del título ejecutivo, sino de sancionar su actitud rebelde ante el requerimiento de los artículos 699 y 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero por este mismo motivo, si la imposibilidad ya existía en el momento de dicho requerimiento, la multa no debería ser impuesta, pues el incumplimiento no se

⁹² Cfr. ORTELLS RAMOS: ob. cit., p. 281.

⁹³ Cfr. FRANCO ARIAS: ob. cit., p. 502, quien plantea el ejemplo del cantante que ha perdido irremisiblemente la voz.

debe a una negativa del ejecutado, sino a la situación de imposibilidad. Argumentar lo contrario sobre la base de que el ejecutado ya tuvo posibilidad de cumplir durante la pendencia del proceso declarativo y antes del mismo, convertiría la multa única del artículo 709.2 en un medio al servicio del proceso de declaración en lugar de lo que debe ser: un instrumento al servicio de la ejecución⁹⁴.

Finalmente, es de destacar la situación que se produce cuando la imposibilidad de la prestación acontece «antes» del proceso declarativo, existiendo culpa del deudor o estando este constituido en mora. La denominada *perpetuatio obligationis* implica que el actor puede pretender la obtención de una sentencia de condena al pago del equivalente pecuniario y una indemnización de daños y perjuicios. La situación puede producirse igualmente «dentro» del proceso declarativo, cuando de los autos resulte la existencia de tal imposibilidad, debiéndose fijar el equivalente en la misma fase declarativa (artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En este sentido, no es admisible la postura defendida por ERDOZÁIN LÓPEZ, conforme a la cual «el interés económico frustrado del acreedor, mediando culpa del deudor, deberá ser compensado o restituido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, el acreedor estará facultado para optar entre solicitar un equivalente pecuniario de la prestación o solicitar un apremio de multa al ejecutado»⁹⁵. Que el acreedor no puede acudir directamente a la solución prevista en el artículo 709 si no tiene título ejecutivo es algo que ya se ha dejado claro con anterioridad. Pero es que, además, si en estos casos la sentencia condena al pago del equivalente pecuniario, es decir, si la pretensión del acreedor se acoge en el acto que constituye el título ejecutivo, la actividad ejecutiva no puede ser la establecida en los artículos 706 y 709 de la

⁹⁴ Cfr. ORTELLS RAMOS: ob. cit., pp. 321 y ss., a quien corresponde el ejemplo reflejado en el texto. En sentido parecido, ILLESCAS RUS: ob. cit., p. 3191; PARDO IRANZO: ob. cit., pp. 139 y ss., y 308 y ss.

⁹⁵ Cfr. ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos: «Comentario al artículo 1184». En: *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi, R. BERCOVITZ, coord. Pamplona, 2001, p. 1403. Seguidamente incurre en contradicción, pues afirma que «si la extinción es imputable al deudor, éste no queda liberado, sino que puede darse lugar a la resolución, a la indemnización de los daños y perjuicios, o a la ejecución forzosa específica».

Ley de Enjuiciamiento Civil, sino la prevista para los títulos que impongan obligaciones dinerarias.

Conclusiones

No es habitual que los ordenamientos jurídicos se detengan de manera especial en el régimen jurídico aplicable a las obligaciones de hacer, que suelen definirse como aquellas cuya prestación consiste en una actividad diferente a la de entregar una cosa. Sin embargo, las obligaciones de hacer presentan unos perfiles propios, especialmente problemáticos, cuando se produce el incumplimiento del deudor. Es en este punto donde se pueden producir fricciones entre el Derecho Civil y el Derecho Procesal, de manera especial cuando se pretende la ejecución forzosa en forma específica. Cada ordenamiento jurídico resuelve el problema de manera diferente, en función de sus peculiaridades procesales.

En el caso del Derecho español, cuando se trata de obligaciones de hacer, la pretensión del acreedor no es directamente ejecutiva, salvo que se funde en un título que lleve aparejada ejecución desde el punto de vista procesal. Por razones de política legislativa, se ha excluido la posibilidad de que las partes pacten que, en caso de incumplimiento, se pueda acudir directamente a la fase ejecutiva. De esta manera, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor debe acudir con carácter previo al proceso declarativo correspondiente para obtener una sentencia de condena. Y solo después podrá utilizar los cauces procesales previstos para la ejecución forzosa.

Desde esta perspectiva, el problema se traslada a la determinación del carácter no personalísimo o personalísimo, es decir, fungible o infungible, de la prestación de hacer, que es lo que determina el criterio a seguir en la ejecución forzosa. Doctrinalmente, se han ofrecido diversas interpretaciones para determinar el carácter de la prestación en cada caso, pero, a mi juicio, no existen obligaciones que por sí mismas, objetivamente, sean de uno u otro tipo, sino que se debe atender a cómo han sido configuradas por las partes. Aunque se pueda partir de la perspectiva del acreedor en el momento de constituir

la obligación, a la hora de afrontar la ejecución en caso de incumplimiento debe permitirse al tribunal valorar las circunstancias, de manera que pueda tomar en consideración el hecho de que la ejecución por un tercero perjudique o no al acreedor. Sostengo, por tanto, que un hacer es fungible cuando la prestación realizada por una tercera persona sea idónea para satisfacer, no el interés particular del titular del derecho, sino un interés económico considerado en abstracto.

* * *

Resumen: Se aborda en el presente trabajo el estudio del régimen jurídico de las obligaciones de hacer, analizando los criterios para establecer en qué casos el «hacer» del deudor se puede considerar o no fungible. El autor se centra de manera especial en las consecuencias del incumplimiento y en los remedios de que dispone el acreedor para satisfacer su interés. Es en este punto donde aparecen las principales fricciones entre las normas sustantivas y las procesales, y donde se manifiesta la importancia de considerar el «hacer» como personalísimo o fungible. Finalmente, se aborda el problema de la imposibilidad de la prestación de hacer antes y después de iniciada la ejecución.

Palabras clave: Obligaciones de hacer, incumplimiento, ejecución forzosa. Recibido: 30-01-18. Aprobado: 27-02-18.